

se muestra con más claridad aún en los Estados democráticos, en los cuales toda la ordenación del Estado descansa en la voluntad del pueblo. Cuando la teoría francesa del Derecho Político afirma que el sufragio universal es el fundamento de la Constitución del país, quiere decir que en los círculos electorales el pueblo francés se da á sí mismo su órgano secundario, de un modo directo ó indirecto, mediante un órgano de creación particular. Por esto la organización electoral es el fundamento de toda la organización política en las democracias representativas. Aún se pone esto más de manifiesto en las federaciones democráticas, en las cuales, por lo común, existe una Cámara de representantes de los Estados. La teoría usual de la representación no puede ver en la Cámara de los Estados, Senado ó *Ständerat*, sino una Cámara electiva corriente, cuyos representantes no pueden recibir instrucciones de los Estados que los designan (1). Pero la naturaleza federal de tales Estados sería entonces incomprensible, pues es preciso tener presente que los Estados tienen el carácter de órganos primarios como partes integrantes en la formación del Estado general.

Lo que hemos dicho de la república democrática, puede igualmente afirmarse de las monarquías constitucionales. Aun cuando el pueblo tiene en éstas otra situación y posee menos derechos, sin embargo, la organización de aquél para los fines de la designación de sus representantes, es también una parte de la organización del Estado.

A esta doctrina se le podía objetar con el caso excepcional de los Estados Unidos de América, donde la elección de presidente se lleva á cabo por unas elecciones generales; cabría, por consiguiente, decir: es imposible un acto unívoco de la volun-

(1) El caso antes mencionado: las instrucciones que reciben los miembros del Senado americano de las legislaturas que los envían, sólo puede hoy considerarse como una excepción.

tad popular, pues el pueblo está dividido en circunscripciones electorales, y en el acto de la elección hay sólo una suma de actos voluntarios particulares de distintas fracciones del pueblo. Pero un órgano del Estado, ya sea individual ó colegiado, ha de tener unidad de voluntad; por esto no sería acertado considerar al pueblo organizado para la elección como un órgano del Estado (1). En realidad, en la elección, cualesquiera que sean las circunscripciones en que el voto se lleve á cabo, tiene lugar un acto de voluntad unívoca del pueblo en su totalidad, pues no sólo se encamina el acto de la voluntad de los electores y de las circunscripciones electorales á designar un candidato particular, sino á formar las Cámaras. Este importante punto de vista jurídico es el que aúna á todos los electores, sea cual fuere el partido á que pertenezcan. Por esto toma parte también en la formación de las Cámaras aquel que ha votado á un candidato derrotado, y su acto electoral es, en este aspecto, de una significación jurídica tan importante como el del que vota á un candidato elegido. Esto mismo sucede con las renovaciones parciales y con las elecciones decisorias, en las que la voluntad del elector tiene por fin completar la Cámara, según exige la Constitución. La totalidad de los votos particulares forma, por tanto, un acto común del pueblo organizado para el acto de la elección, encaminada á la formación de las Cámaras, abstracción hecha de los actos parciales particulares, por distintas formas que puedan revestir y por distantes que se encuentren en el tiempo.

Por esto, las ideas relativas á la apelación del Gobierno á los electores y á las decisiones de éstos sobre cuestiones de principios, no sólo tienen un valor político, sino jurídico. El pue-

(1) Criterio que yo mismo había mantenido en *Gesetz und Verordnung*, pág. 209.

blo, en casos dados, exterioriza mediante el voto un punto de vista determinado, que adquiere valor jurídico por medio de su órgano secundario. En los Estados de la Unión americana, la facultad de hacer la revisión total de la Constitución se atribuye á convenciones especiales. Los electores, en las convenciones, se deciden, según su programa, por la revisión ó contra ella. El pueblo elector muéstrase aquí, sin que exista mandato imperativo en el acto mismo de la elección, con una voluntad única sobre una determinada cuestión. Estos hechos no se pueden explicar jurídicamente con las fórmulas usuales. La facultad de disolver las Cámaras elegidas, por ejemplo, es en los Estados de constitución representativa, uno de los derechos más importantes del Gobierno. Si el Derecho Político, como acontece en la teoría dominante, no puede hacer sino reconocer la existencia de los principios jurídicos constitucionales sin poder rebasar estos términos para indagar su significación, es cuestión de preguntarse qué valor tiene para el conocimiento jurídico una ciencia que, cuando se trata de los problemas más fundamentales, sólo puede abordarlos desde un punto de vista estadístico.

En la doctrina que aquí mantenemos, lo más importante jurídicamente es que mediante ella se hacen comprensibles, por vez primera, fenómenos importantes de la vida de los Estados de estructura constitucional. La mayor parte de éstos tienen establecido, por lo que respecta á las Cámaras electivas, la renovación integral, y conceden á los Gobiernos el derecho á disolverlas. Si, pues, el período legislativo ha terminado ó las Cámaras han sido disueltas, ¿qué carácter tiene el Estado en el interregno hasta que tiene lugar una nueva convocación ó elección? Según la doctrina dominante, tales Estados constitucionales serían al propio tiempo, de un modo intermitente, Estados absolutos; lo cual no hay duda alguna de que es inexacto. Si el *Reichstag* alemán es disuelto ó se convocan nuevas elecciones,

no, por eso falta al pueblo su órgano en el espacio de tiempo que media desde la conclusión de las sesiones hasta la terminación de las nuevas elecciones en el reino, sino que más bien puede decirse que la permanente institución legal de la organización electoral continúa existiendo; y á su vez, el pueblo, como órgano primario, está allí para ejercer la actividad de órgano que le compete, cualesquiera que puedan ser las formalidades que haya de llenar para la preparación de la elección. El imperio alemán no es un Estado absoluto en ningún momento. El órgano secundario del pueblo es intermitente, mas el primario es permanente.

5. Si bien la idea de la representación en el campo legislativo se ha formado cuando ha nacido el Parlamento, es, como se ha mostrado al comienzo de este capítulo, muy antigua, si de lo que se trata es de explicar el gobierno. Mediante la idea de que el pueblo es en el Estado la fuente necesaria de todos los poderes, fué considerado el monarca como delegado del pueblo y sólo hacíase cuestión este punto: si el derecho que se le concedía era ó no revocable. Por esto se desenvuelve en la teoría del Estado de la Edad Media la concepción de que el príncipe era representante del pueblo; mas es de advertir que, de igual suerte que en la antigüedad, no existió en la Edad Media un claro conocimiento de la cualidad de órgano del pueblo, y á consecuencia de ello, al determinar la situación jurídica del príncipe se confunden en él su carácter de órgano primario del Estado con el de representante del pueblo.

Á esta doctrina va unida la del Derecho Natural moderno; por su influjo se abre camino la idea de que el pueblo, en cuanto suma de individuos, no es el Estado, sino que éste representa más bien al pueblo organizado conforme á una constitución en la forma de Corporación, con lo cual, el pueblo no es concebido como anterior y superior al Estado, sino en el Estado mismo. En él inside de un modo permanente, según lo exige

la teoría del Derecho Natural, la fuente de todos los poderes, y, por tanto, todos los que ejercitan éstos advienen, no órganos directos del Estado, sino órganos por mediación del pueblo. De un modo legislativo expresóse esto por vez primera en los Estados Unidos y más tarde en las Constituciones francesas. El gobernador ó presidente, así como el rey, son representantes del pueblo, órganos secundarios del Estado. Bajo el influjo de la doctrina de Rousseau generalízase la idea de que el jefe del Estado es un servidor, esto es, un órgano mediato de aquél; doctrina que, precisamente por esto, no era admisible, pues el pueblo no es un señor que pueda mandar al jefe del Estado y hacerle á su vez dependiente, de un modo permanente, de las órdenes y servicios que le dicte. Por esto el jefe del Estado, en los Estados constituídos, es irresponsable ó responsable de lo que hace, en uso del poder que se le concede; pero en tanto que se mantiene dentro de las atribuciones de su poder, no hay otro superior á él. En este punto es en el que surge el dogma de la división de los poderes, el cual faculta al jefe del Estado para el ejercicio supremo del suyo de un modo independiente, de igual suerte que se lo concede al Parlamento.

De aquí se sigue que los jefes de Estado, en las repúblicas democráticas modernas, sean órganos inmediatos del Estado, pero secundarios (1). Tampoco les falta por completo los derechos de órgano primario. Así se muestra cuando se trata, por ejemplo, del nombramiento de las Cámaras mediante la elección, la cual, ó se lleva á cabo por el pueblo mismo, ó por el órgano de creación nombrado por él (los electores en América, ó en Francia y Suiza las dos Cámaras reunidas, las cuales, en este caso, gozan de una competencia extraordinaria).

(1) Véase *System des. subj. öff. Rechte*, págs. 146 y siguientes (2.^a ed., pág. 154).

Los monarcas, por el contrario, son órganos primarios del Estado. Si las Constituciones belga y rumana, siguiendo el modelo de la francesa de 1791, consideran al rey como representante de la nación, esto no tiene alcance jurídico alguno; pues el pueblo no puede nombrar al rey, desposeerlo, ni exigirle responsabilidad; por lo cual le falta toda posibilidad de aparecer frente á él como órgano primario. Aquellos principios constitucionales tienen sólo la significación de que, mediante ellos, se expresa el hecho histórico de la implantación de la dinastía por la elección de las Cámaras y se determina la competencia de la Corona (1). Tampoco en las monarquías basadas en principios democráticos tiene el jefe del Estado por esta razón el carácter de representante del pueblo (2).

Aún queda una tercera dirección, en la que esta idea de la representación adquiere grande importancia (3). Si un funcionario ejerce su misión con independencia del jefe del Estado, y por consiguiente, no está sometido á las órdenes de éste, enton-

(1) Después de realizada la delegación originaria, el poder del rey es tan irrevocable como si procediese de un derecho tradicional y originario. Vauthier, ob. cit., pág. 20. Véanse también las acertadas observaciones de Smeud, ob. cit., págs. 47 y sigs.

(2) Pero puede muy bien ejercer en la monarquía los derechos secundarios del monarca. Por ejemplo, el regente es el representante del monarca impedido. Véase en el cap. ant. II, 1, y *System*, págs. 145 y sig. (2.^a ed., págs. 153 y sig.)

(3) No es esta la ocasión de explicar todas las relaciones de representación. Así, los derechos del Emperador en el imperio descansan en la representación de los Gobiernos confederados, y la situación del canciller imperial es, en realidad, de representación. El *Statthalter* de la Alsacia-Lorena representa al Emperador, en tanto que ejercita atribuciones imperiales. Las autoridades colegiales representan por lo común al presidente, etcétera.

ces, en tanto que es independiente, es representante del jefe del Estado y no órgano mediato de él. Esto es aplicable especialmente á los jueces. Allí donde, como acontece en los Estados Unidos, éstos no tienen un superior, y son nombrados, ya por sufragio del pueblo, ya por el poder ejecutivo, sin que éste ejerza sobre ellos influjo alguno, es manifiesto el carácter representativo del juez, los cuales en tales Estados son órganos inmediatos y secundarios de éste (1). Otra cosa acontece en los Estados en que los jueces se ven sometidos de un modo permanente al poder de la autoridad suprema que los nombra. En tales casos, tienen el carácter de órganos mediatos en cuanto sometidos á las facultades de la administración de justicia, y al declarar el derecho son representantes del jefe del Estado. Declarar el derecho en nombre del monarca, quiere decir que el juez obra como órgano secundario de éste, que su voluntad es, de un modo inmediato, la voluntad del monarca, así como la voluntad del representante del pueblo es voluntad del pueblo. Con una admirable intuición han dado expresión jurídica á esta idea los ingleses, al atribuir al rey la ubicuidad en los tribunales y afirmar que el rey habla por boca de los jueces mismos (2). La situación de los jueces en la monarquía es, por tanto, la de órgano secundario mediato é inmediato. Aún con más claridad que en los jueces profesionales se muestra este carácter en los que no ofrecen este carácter. Con el desenvolvimiento progresivo de los tribunales especiales industriales para resolver las diferencias en el seguro obrero, en los cuales

(1) Véase *System*, pág. 151 (2.^a ed., 158), N. 1 (2). Gierke ha afirmado que los jueces deben ser considerados esencialmente como órganos inmediatos del Estado. *Genossenschaftsrecht*, I, pág. 829.

(2) Blackstone, I, 7, compara al juez con un espejo en el que se refleja la imagen del rey.

la elección de juez compete al Gobierno, se hace cada vez más difícil determinar la cualidad jurídica de órgano secundario del juez.

También en los tiempos modernos se han creado autoridades administrativas en el Estado, sustraídas total ó parcialmente á un poder de autoridad superior, de suerte que en ellas la derivación de su competencia de órganos superiores del poder reviste asimismo el carácter de una ficción, tanto más cuanto que la dicha competencia sólo en una pequeña parte ha sido instituída por el jefe del Estado. Los Consejos provinciales prusianos, las Comisiones de distrito ó provincia, los Consejos de distrito en Baden, las Comisiones de distrito y de provincia en Sajonia, la Oficina imperial de seguro y otras autoridades políticas revestidas de *imperium* en las que el carácter honorario juega tan gran papel, son independientes, dentro de estas atribuciones, de todo poder, á tal punto, que apenas si se las puede colocar en el rango de las autoridades incluídas por nosotros entre los órganos mediatos, y es cuestionable si sus funciones pueden ser consideradas como formando parte potencialmente de la competencia del monarca. Daremos una explicación más detallada de esto cuando nos ocupemos de la autonomía administrativa.

6. Lo que hemos dicho del Estado es aplicable á las asociaciones de derecho público. También poseen ellas órganos representativos cuando quien tiene poder para decidir no es la totalidad de los miembros, sino una comisión delegada por ellos; mas esto sólo vale para la deliberación y decisión, no para la ejecución. El proceso característico de la evolución de la democracia moderna no ha abarcado tan ampliamente el derecho de asociación como para que se consideren las juntas de las corporaciones de derecho público, especialmente la de los Municipios, como órganos de la corporación, sino que este carácter lo tiene como expresión de la totalidad de los miem-

bros. Más bien se funden aquí las asambleas y representaciones municipales como órganos de creación; ambas dan á la corporación, mediante el acto electoral, un órgano primario é inmediato. Sólo á la representación elegida de tales corporaciones es á la que se aplica, por analogía, la idea de la representación. Alcaldes y concejales, por ejemplo, son por esto órganos primarios, y el colegio de los diputados de la ciudad, concejales; etc., órgano secundario, inmediato, de la misma (1).

(1) Es de extrañar que la idea de la representación en la organización de las asociaciones de derecho público no haya sido objeto hasta ahora de investigaciones especiales y minuciosas en la literatura moderna. En las nuevas leyes municipales ha encontrado ya cabida el principio aplicado á los miembros de las Cámaras, á saber: que los miembros de las representaciones del Municipio no están obligados por instrucciones ó mandatos de los electores. Véase, por ejemplo, *Preuss. Städteordnung f. d. östl. Prov.* del 30 de Mayo de 1853, § 35. *Landgemeindeordnung f. d. östl. Prov.* de 3 de Julio de 1891, § 102.

CAPÍTULO DIEZ Y OCHO

Las funciones del Estado.

1.—Historia de la teoría de las funciones.

✓ Quien considere la teoría de las actividades del Estado, fácilmente habrá de comprender que la investigación abstracta del Estado ha de conducir á un exacto conocimiento de él, y que mediante un conocimiento cada vez más amplio, se habrán de ir fijando las funciones esenciales del mismo. La historia de la literatura del Derecho Político nos presenta una masa confusa de ensayos de clasificación. Sin embargo, subsiste y se mantiene con gran significación aquella que separa como direcciones fundamentales del poder del Estado las funciones legislativa, ejecutiva (gobierno y administración) y judicial, abstracción hecha de las diferencias relativas á la concepción de la naturaleza y modo de estar relacionadas estas funciones. Las otras divisiones efímeras han sido desechadas á causa de un progreso en el conocimiento de la naturaleza del Estado, que ha hecho que prevalezca la doctrina más acertada.

El examen atento de esta cuestión muestra que aquí, como en todas las doctrinas serias sobre política y derecho político, las distintas divisiones que ostentan un carácter científico han tomado por base la realidad histórica de la vida del Estado en la época en que estas doctrinas se formularon. Todas las divi-